



Roj: **STS 3616/2006** - ECLI: **ES:TS:2006:3616**

Id Cendoj: **28079110012006100607**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/06/2006**

Nº de Recurso: **4275/2000**

Nº de Resolución: **669/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 2116/2000,**
STS 3616/2006

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Junio de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Arcos de la Frontera; cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Víctor E. Mardomingo Herrero, en nombre y representación de D^a Mercedes , defendida por el Letrado D. José Apresa Gómez; siendo parte recurrida la Procuradora D^a Mercedes Rodríguez Puyol, en nombre y representación de D^a Asunción , defendida por el Letrado D. Fernando García Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Cristóbal Andrades Gil, en nombre y representación de D^a Mercedes , actuando en nombre de su hijo menor de edad Marcelino , interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra D. Cristobal y D^a Verónica en su condición de padres de la menor Ariadna , D^a Asunción y la Congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos Desamparados y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia declarando nulo el testamento otorgado por D. Marcelino , ante el Notario de esta ciudad D. Francisco Javier Pérez de Camino Palacios, el día 17 de octubre de 1983, con nº de protocolo 1611 y por tanto único y universal heredero del causante a su hijo, Marcelino .

2.- La Procuradora D^a María José Palma de la Peña, en nombre y representación de D^a Verónica , como representante legal de su hija Ariadna , contestó a la demanda y formuló demanda reconvenicional, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia declarando la paternidad extramatrimonial de D. Marcelino respecto de la menor Ariadna y declarando, por tanto, la nulidad de la filiación matrimonial inscrita de dicha menor contradictoria de la anterior, desestime la demanda principal y, en aplicación del artículo 814.2º, anule la institución de heredero mandando conservar sin embargo las mandas y legados establecidos en el testamento de D. Marcelino en favor de D^a Asunción y la congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos Desamparados, conocidas por hermanitas de la caridad, ordenando abrir la sucesión intestada respecto a la legítima.

3.- El Procurador D. Cristóbal Andrades Gil, en nombre y representación de D^a Mercedes , en representación de su hijo Marcelino , contestó a la demanda reconvenicional, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia estimando el suplico de nuestra demanda.



4.- La codemandada D^a Asunción se personó pero no contestó a la demanda. La Congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos Desamparados fue declarada en rebeldía, por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

5.- La representación procesal de D^a Verónica, presentó escrito allanándose a la demanda y desistiendo de su demanda reconvenicional. En ello se ratificó la propia interesada, D^a Ariadna, cuando alcanzó la mayoría de edad y renunció a los posibles derechos hereditarios que pudieran corresponderle.

6.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. El Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de Arcos de la Frontera, dictó sentencia con fecha 24 de septiembre de 1.999, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Cristóbal Andrades Gil en nombre y representación de D^a Mercedes, en nombre y representación de su menor hijo D. Marcelino, contra D. Cristobal y D^a Verónica padres de la entonces menor, hoy mayor de edad y rebelde en autos D^a Ariadna, contra la Congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos Desamparados y contra D^a Asunción y en consecuencia debo declarar y declaro nulo el testamento otorgado por el causante D. Marcelino en fecha 17 de octubre de 1983 ante el notario de esta ciudad D. Francisco Javier Pérez de Camino Palacios con el número 1611 de su protocolo, como consecuencia de la **preterición** no intencional del heredero forzoso menor Marcelino declarándolo único y universal heredero del causante mencionado. En cuanto a las costas del pleito principal serán abonadas por los demandados y las costas de la demanda reconvenicional por la demandante reconvenicional impuestas por auto de 9 de mayo de 1996.

SEGUNDO.- La representación procesal de D^a Asunción, interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 5 de junio de 2000, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Asunción contra la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia número uno de Arcos de la Frontera, debemos revocar dicha resolución, y en su lugar, y con estimación parcial de la demanda presentada por la recurrente, debemos declarar y declaramos la validez del testamento otorgado por Marcelino en Arcos de la Frontera el 17 de octubre de 1983, ante el Notario de dicha ciudad D. Francisco-Javier Pérez de Camino Palacios, así como la **preterición** intencional del hijo del testador D. Marcelino, con los efectos que se establecen en el fundamento jurídico quinto de esta resolución, sin hacer especial imposición de las costas en ninguna de las instancia.

TERCERO.- El Procurador D. Víctor E. Mardomingo Herrero, en nombre y representación de D^a Mercedes, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos: MOTIVOS DEL RECURSO: UNICO: Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, se conculcan expresamente el artículo 814 del Código civil,

2.- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido, la Procuradora D^a Mercedes Rodríguez Puyol, en nombre y representación de D^a Asunción, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 12 de junio de 2006, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en casación es puramente jurídica, questio iuris, sobre la **preterición** - intencional o errónea, que contempla el artículo 814 del Código civil - que parte de unos hechos, quaestio facti, no discutidos.

Estos, en la medida que aquí interesa, comienzan con el testamento abierto otorgado el 17 de octubre de 1983 por el causante D. Marcelino que contenía estas cláusulas:

"Primera.- Reconoce como hija extramatrimonial a la niña Ariadna, de unos dos años y medio de edad, aproximadamente, de la que ignora si está reconocida por la madre, y a la que instituye heredera en dos tercios de la herencia, en pleno dominio". "Segunda.- Lega, en pleno dominio, a su ahijada Asunción, los derechos que al testador correspondan en la casa señalada con el nº NUM000 de la CALLE000, hoy Corredera, de esta ciudad, facultándola para tomar por sí misma posesión del legado." "Tercera.- El remanente de sus bienes pasará en pleno dominio y en concepto de legado a la Congregación Religiosa de las Hermanas de los Ancianos



desamparados, conocidas por Hermanitas de la Caridad, a la que también faculta para tomar posesión del legado".

Dicho testador, desde antes, convivía con D^a Mercedes (demandante en la instancia y recurrente en casación) con la que posteriormente, el 23 de abril de 1995, tuvo un hijo, Marcelino (en cuyo nombre, como menor de edad, actúa la demandante), que fue reconocido como hijo extramatrimonial por ambos progenitores. Aquel mencionado causante, padre de éste, falleció el 15 de octubre de 1991.

La demanda ejercitó la acción de nulidad del testamento por **preterición** no intencional y, en consecuencia, que el hijo menor es único universal heredero de aquél. La sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia nº 1 de Arcos de la Frontera estimó íntegramente la demanda. Fue revocada por la de la Audiencia Provincial, Sección 3^a, de Cádiz. La demandante en la instancia ha interpuesto el presente recurso de casación.

SEGUNDO.- La cuestión jurídica que se plantea en casación es la calificación de la **preterición**. Esta, sin duda y así lo declaran ambas sentencias de instancia, se ha producido. Es la omisión del legitimario en el testamento, sin que éste haya recibido atribución alguna en concepto de legítima; en el presente caso, efectivamente, al hijo extramatrimonial del causante no se le menciona en el testamento (fue concebido y nació después de otorgado éste) ni nada recibió imputable a la legítima. La declaración de principio del mencionado artículo 814 es clara: la **preterición** de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima, tras cuyo principio declara los efectos distinguiendo si la **preterición** es intencional o errónea (no intencional, la llama). La primera se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario, sabiendo (intencionadamente) que éste existe; la segunda, cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente (no otro) porque ignoraba (erróneamente) su existencia.

Se advierte que estos conceptos vienen referidos al testamento, no a la muerte. Es decir (como mantiene la sentencia de primera instancia), que la **preterición** se produce si en el testamento se omite al legitimario, sin importar que en la apertura de la sucesión, producida por la muerte del causante, éste haya sabido o no de la existencia de aquél. No se tiene en cuenta la **preterición** al tiempo de la muerte, según conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento.

En consecuencia, se estima que en el presente caso el testador omitió al único legitimario, su hijo, en el testamento, ignorando su existencia y, cuando la supo no lo modificó y quedó viciado de **preterición** errónea con el importante efecto (que reconoce la sentencia de primera instancia) de anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, según dispone el artículo 814, párrafo segundo, número primero. Con ello, la presente resolución no hace sino seguir la doctrina jurisprudencial que plasman las sentencias de 30 de enero de 1995 y 23 de enero de 2001. La primera dice textualmente: "**preterición** no intencional de la heredera forzosa nacida con posterioridad a su otorgamiento". Y desarrolla la segunda: "en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su **preterición** en el mismo queda demostrada ex re ipsa. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento"; y respecto al caso que contempla, añade (con total semejanza al caso presente): "Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991 no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria expresada el 2 de Diciembre de 1988."

TERCERO.- De lo anterior se desprende que débese acoger el único motivo del recurso de casación que, al amparo del nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega que la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, conculca expresamente el artículo 814. Efectivamente es así. Como se ha expuesto, ésta yerra e infringe dicha norma cuando mantiene que se trata de **preterición** intencional, con efectos muy distintos, porque el testador conocía la existencia de su hijo, legitimario, con posterioridad al otorgamiento del testamento y mantuvo éste, sin modificarlo, hasta su muerte. No es así, como se ha apuntado: la **preterición** viene referida al tiempo de otorgar testamento y si en éste se produce **preterición**, aunque sea porque el hijo legitimario nace después, la **preterición** es errónea y despliega sus efectos como tal.

Tales efectos son la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, ya que el legitimario preterido en el presente caso por **preterición** errónea, es hijo del causante y único legitimario, por lo que cae en la norma antes citada del artículo 814. En el caso, se anulan los dos legados: el de su ahijada D^a Asunción, demandada en la instancia y parte recurrida en casación y el de la CONGREGACION RELIGIOSA, también codemandada que ha permanecido en situación procesal de rebeldía; asimismo la institución de heredera a favor de D^a Ariadna, codemandada a través de su representante legal que alcanzó la mayoría de edad en el curso del proceso, se allanó a la demanda y renunció a cualquier derecho que le pudiera corresponder en la herencia del causante.



En el testamento, hay una disposición no patrimonial, que pertenece al llamado contenido atípico del mismo: es el reconocimiento de la mencionada Ariadna como hija extramatrimonial; esta disposición no se anula por la **preterición**, pero es ineficaz por incurrir directamente en el supuesto que prevé el artículo 113, párrafo segundo, del Código civil al disponer que no será eficaz la desestimación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria; no cabe reconocer a una persona que tiene legalmente un status filii incompatible con el reconocimiento que se pretende hacer; el reconocimiento sólo es posible si previamente se impugna la filiación contradictoria y se deja judicialmente sin efecto. La niña -ahora mayor de edad- es hija matrimonial y así consta en el Registro Civil, sin que judicialmente se haya dejado sin efecto tal filiación: por ello, el reconocimiento es ineficaz.

CUARTO.- En consecuencia, se estima el único motivo del recurso de casación, se declara haber lugar al mismo y se asume la instancia, resolviendo lo que corresponde, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, como ordena el artículo 1715.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tal como se desprende de todo lo expuesto en líneas anteriores sobre la concurrencia de la **preterición** errónea, procede, casando la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmar la de primera instancia que estima la demanda y declara nulo el testamento y heredero al hijo extramatrimonial

En cuanto a las costas, respecto a las de primera instancia se confirma también en este punto la sentencia. No procede hacer condena en las costas causadas en segunda instancia ni en las de este recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por el Procurador D. Víctor E. Mardomingo Herrero, en nombre y representación de D^a Mercedes, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, en fecha 5 de junio de 2000 que CASAMOS y ANULAMOS.

Segundo.- En su lugar, confirmamos la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Arcos de la Frontera, de fecha 24 de septiembre de 1999, que hacemos nuestra en todos sus pronunciamientos.

Tercero.- En cuanto a las costas, respecto a las de primera instancia estése a lo resuelto en la sentencia dictada que confirmamos. No se hace condena en las costas causadas en la segunda instancia. Tampoco en las de este recurso, en que cada parte satisfará las suyas.

Cuarto.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- XAVIER OCALLAGHAN MUÑOZ.-ANTONIO SALAS CARCELLER.-ANTONIO GULLON BALLESTEROS.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.